P O R

DON FRANCISCO DE Aquena Montanacho, Familiar y Depoſitario del ſanto Oficio de la Inquiſicion de la ciudad y Reyno de Cerdeña.

C O N El ſeñor Fiſcal.

PARA inteligencia de lo que en eſte papel ſe ha de fundar, ſe ſupone con toda breuedad, y conciſion en el hecho, lo ſiguiente.

Lo primero, que en ſiete dias del mes de Otubre de mil y ſeiſcientos y nueue años, ſe admitiò por Receptor de dicha Inquiſicion a Iuan Baptiſta de Aquena, fueron ſus fiadores don Franciſco de Aquena, y Franciſco Eſgrecho, Caualleros, y vezinos de la ciudad de Sazer en dicho Reyno, obligaronſe ſimul, & in ſolidum, a que dicho Iuan Baptiſta de Aquena daria buena y legitima quenta con pago de todas las rentas, y hazienda que entraſſe en ſu poder de dicha Inquiſicion, todas las vezes que por los ſeñores del Conſejo, è Inquiſidores le fueſſe requerido, y mandado, y ellos como ſus fiadores de mancomun, y cada vno dellos inſolidum obligaron ſus perſonas y bienes, muebles, y raizes, auidos, y por auer, renunciaron las leyes de la mancomunidad, ſegun que en

ellas, y en cada vna dellas se contiene, y la que dize, que primero sea conuenido el principal que el fiador, como parece de la escritura de obligacion, y fiança presentada en la pieça de autos que vino de aquel Reyno, fol. 11.

2 Lo segundo, que por mandado del Consejo se tomaron las quentas a dicho Iuan Baptista de Aquena, y en ellas se supone que es alcançado en treinta y vn mil quinientos y cinco sueldos, y once dineros, que valen seis mil trecientos y vn reales y once dineros, no admitiendole en la data muchas partidas que montan mas que dicho supuesto alcãçe, que el y las partidas se remitiò todo al Consejo para q̃ viesse, y determinasse lo que en ellas, y en el se deuia hazer, como parece de vn testimonio, ò certificacion presentado en dichos autos, à fol. 4. B.

3 Lo tercero, que sin estar firmadas dichas quentas, ni cõsentidas por dicho Iuan Baptista de Aquena, pendientes en el Consejo, sin tomar resolucion, despues de auer fallecido dicho Iuan Baptista de Aquena, se pidiò execucion contra don Francisco de Aquena por el Fiscal, por onze mil setecientos y quarenta reales que se supone quedò à deuer dicho Iuan Baptista de Aquena, los seis mil trecientos y vn reales y onze dineros de dicho estimatiuo alcançe, y la resta de error de quentas de algunas partidas que afirman no se cargò en dichas quentas, como son dos mil seiscientos y treinta y nueue reales de la venta de la saca de algunos estareles de trigo, hecha a Iuan Baptista Syluestro, y a Iuan Brunarelo, dos mil reales que cobrò y consignò al Secretario Fernando de Baenolas, sobre la pension del Arçobispado de Caller, del termino de Nauidad, del año passado de mil y seiscientos y veinte y quatro, y ochocientos reales de la cõdenacion de Ioseph Marongio, cuya partida se le baxò dos vezes: y todas montan onze mil y setecientos y quarenta reales, porque se librò mandamiento de execucion contra dicho don Francisco de Aquena, y sus bienes, se diò sentencia de remate, y mandamiento de pago, fue preso: vendieron-

ron.

ronsele sus bienes, con pretexto de que era heredero de dicho Francisco de Aquena su padre, que fue fiador de dicho Iuan Baptista de Aquena su hermano, y porque se auia passado el año fatal en que deuió hazer las diligencias en el Consejo, para que le desagrauiara de las partidas en que dezia auerle agrauiado el Contador de la Inquisicion de Cerdeña, como parece de los autos que de allà vienen compulsados desde el fol. 1.

4 Lo quarto, que dicho Francisco de Aquena, por el testamento con que fallesciò, nombrò y dexò por sus hijos y vniuersales herederos a dicho don Francisco de Aquena, y otros quatro hermanos, como parece de dichos autos, fol. 28.

5 Lo quinto, que sin perjuyzio de sus excepciones, dicho don Francisco de Aquena pidiò que se baxassen del alcançe algunas partidas que entre los papeles de su tio auia hallado auer pagado a diferentes personas, y que no estauan passadas en la quẽta, en especial dozientos y treinta y quatro reales q̃ pagò al Alcayde del Tribunal, por mandado del: y otros dozientos reales, q̃ por orden del Tribunal pagò al Sargento Flores por sus alimientos: y dozientos y nouenta y tres reales a Iuan Museo: y nueue libras a Iuan Carta: y mil y quatrocientos y ochenta y quatro reales que quedò deuiendo Lorenço Profeta de vna saca de estareales, respeto de no auerse podido cobrar, por estar su hazieda en pleito de acreedores, como parece de dichos autos, a fol. 14.

6 Esto supuesto, la sentencia de la Inquisicion de Cerdeña se ha de dar por nula y atentada, y quando esto lugar no aya, que si ha, se ha de reuocar, mandandole boluer a don Francisco de Aquena sus bienes, libres y sin costa alguna, vt ex sequentibus patebit.

7 Lo primero, porque no se niega, ni puede, que estas quentas estauan remitidas al Consejo por el mesmo Tribunal, en ordẽ a que se deshiziessen los agrauios de las partidas

tidas remitidas y suspendidas, y assi no se pudo proceder, y todo lo que se hizo pendiente este recurso, fue atentado y nulo, Lancellot. de attent. 2. p. cap. 19. n. 15. ibi: *Sexto, hæc opinio suadetur, quia talis recursus, vt plurimum solet peti à iudice, vnde si illum iudex concedat, videtur partis petitioni annuere, & quasi eius appellationi deferre, ex quo, vt diximus supra n. 7. recursus vim habet appellationis, ergo sicut iudex postquam detulit appellationi, etiam ab interlocutoria, si procedat dicitur attentare, iuxta ea, quæ latius diximus supra in hac 2. p. cap. 12. de attent. appellatione pendente, in 5. limitat. primæ limitationis princ. num. 72. Ità debet ab innouatione abstinere, postquam recursum concessit ob reuerentiam saltem superioris.* Mayormente siendo concedido por la Inquisicion este recurso, y estando inhibida por el Consejo, Lancellot. d. loco nuper citato, num. 31. ibi: *Tertio, quando recursus esset à iudice concessus, quasi tunc iudex videatur illi recursui (qui habet vim appellationis,) detulisse.* Et num. 34. ibi: *Quinto nisi iudex ad quem fuit habitus recursus, primo iudici inhibuisset, quia tunc gesta per eum dicuntur attentata, & esse ipso iure nulla, vt in terminis est, decis. Rotæ Lucensi per Magon. 23. per totum præsertim, num. 10.*

8 Sin que obste dezir, que el año fatal era cumplido, y que assi pudieron proceder, porque introduzida la causa en el Consejo, nunca la instancia fenece, ni se consideran fatales, vt testatur Scacc. de appellationibus, q. 15. n. 131. ibi: *Restringe tertio vt non procedat in Principe, sed solum in iudice inferiore quare; si causa appellationis sit introducta coram Principe in eius auditorio, fatalia nunquam currunt, sicque perpetua est instantia appellationis coram Principe, & consequenter non datur secundus, neque vlterior annus, quia semper manet illæsus, etiam si per mille annos impediretur ex facto Principis, Abb. in d. cap. 8. ex ratione sub num. 6. ibi: Ego euitando de appellat. quem referunt & sequuntur, ibi Franc. n. 43. & 44. vers. Circa quintum, Cardin.*

din. Alexan. sub n. 22. vers. Sciatisque, & sub num. 31. in 6. q. princip. hancque esse communem opin. testatur, & sequitur iterum, atque iterum Dec. ibid. sub num. 22. & 24. in secundo casu, & ex eo refert, & sequitur Odd. tractat. de restit. in integr. quæst. 70. art. 3. limit. 3. n. 12. & quæst. 71. artic. 1. n. 2. & ita declarando dictum Hostiensis, scribit Rota decis. 25. aliàs 295. nota quod vbi aliquis prosequitur, num. 2. de appellat. in antiq. Et num. 132. ibi: *Confirmatur hæc restrictio, quia, quando causa ventilatur coram Principe, seu in eius consistorio, instantia nunquam perit, & sic durat vltra triennium, Maranta in suo speculo, p. 5. limitat. 2. num. 15. fol. 240. & quod si causa debeat consultari Principi, non currat instantia donec exspectatur, responsio Principis, refert & sequitur Maran. d. p. 5. limit. 15. num. 38. fol. 244.*

9 Lo segundo, porque esta sentencia de remate se diò sin las quentas que estauan pendientes en el Consejo, donde Iuan Baptista de Aquena tenia presentadas sus defensas, y legitimas excepciones, en orden a deshazer, reformar, y totalmente derribar el alcançe que se suponia resultaua dellos: y sin conocimiẽto destas excepciones no se pudo proceder, y la sentencia, y demas autos son nulos, y de ningun valor ni efeto, Felinus in cap. Ecclesia 10. de constitution. sub num. 13. Scacc. cum plurib. de re iudicat. gloss. 13. numer. 2. ibi: *Confirmatur hæc conclusio in eius ratione; quia sicut præcipitatio est nouerca, & inimica iustitiæ, vt dixi supra, gloss. 9. num. 33. ita etiam causæ cognitio, vti præcipitationi opposita, est parens, & amica; etenim contrariorum contraria est disciplina, vt dixi supra, gloss. 11. n. 4. & sicut iniquitas omnia præcipitat, ita virtus lenta est, & omnium per cunctatrix, vt dixi infra num. 30. & 31. Amplia hanc conclusionem, vt cognitio causæ requiratur de iure Diuino, Abb. in cap. 1. n. 5. versus finem de caus. possess. & propriet. Felinus in d. cap. Ecclesia, num. 26. not. 2. in fine de constit. Mars. in d. §. nunc videndum, num. 42. in fine, Vant. in d. tit. de nullit. ex defect. process. sub num. 14. & probari videtur*

ex primo ad Corinth. cap. 4. num. 5. itaque nolite ante tempus iudicare; qui enim iudicat sine causæ cognitione, semper dicitur iudicare ante tempus, & probatur etiam ex Ioan. 7. in fine, num. 51. vbi Nicodemus ad Pharisæos; nunquid lex nostra iudicat hominem, nisi prius audierit ab ipso, & cognouerit, quid faciat? & efficatius probatur ex eo, quia citato est necessaria propter causæ cognitionem; nõ enim ob aliam causam requiritur citatio, vt de sse patet, sed citatio est de iure Diuino, & naturali, vt secutus sum supra lib. 1. cap. 88. ampliat. 1. sub num. 2. ergo de eodem iure est ipsa causæ cognitio. Infero primò ex hac conclusione, ita ampliata, quod sententia lata, sine causæ cognitione, est nulla ipso iure, per ea quæ habentur in l. ex stipulatione, C. de sent. & interl. omn. iud. & in l. 2. C. de sent. ex peric. recit. & scribunt Bart. in l. 4. prolatam sub num. 10. & ibi alij communiter, C. de sent. & interl. omn. iudic. Felin. in dict. cap. Ecclesia sub numer. 13. vers. Sed in contrarium de constit. Vant. d. tit. de nullit. ex defect. process. num. 31. fol. 414. tom. 4. & Surd. decis. 334. Doctores num. 3. in fine, num. 4. & 5. ad finem, lib. 4. suorum Consiliorum.

10 Maximè, que fue imposible formar adequado dictamen, sin la luz q̃ le auian de dar los autos q̃ estauã en el Cõsejo, y auer sentẽciado sin su inspecciõ, viene a ser insanable la nulidad, Scac. in respons. post tract. de sentẽt. & re iudic. n. 78. ibi: *Tertius defectus, quia si tertius optabat. vt Reuerẽdus N..... cognosceret de iurisdictione R. P. D. Macchiaueli debuisset transportare acta iurisdictionalia R. P. D. Macchiauelli, quia ad eorum trãsportationem tenebatur de iure naturali, de iure Diuino, de iure humano, & ex forma commissionis Varesij, tenebatur de iure naturali, quia sicut cæcus non potest iudicare de colore, nisi prius ei restituatur lux, qua mediante, colorem cognoscat, ita etiam Reuerẽdus N.... nõ potuit cognoscere de R. P. D. Macchiauelli iurisdictione, quia eam nõ vidit: de iure Diuino, quia vt dixit Nicodemus, relatus in Ioan. 7. nunquid lex nostra iudicat hominem, nisi*

ab ipso prius audierit, & cognouerit? de iure humano, quia iudex non transportatis actis, non potest adhibere causæ cognitionem, siue quia sententia est ipso iure nulla, vt late patet in meo, tract. de sent. glos. 13. per totam; nam si sententia dicitur ipso iure nulla, quando acta fuerunt iudici transportata paululo ante sententiam, ita vt iudex ea rimare non potuerit, multo magis dicetur nulla, quando nullatenus fuerunt transportata.

11 Y pendiente la calculacion en el Consejo, no puede auer execucion, nam dubia exclusionis causa dubitatione pendente vim habet perpetuæ exclusionis, l. sufficit vbi Bart. & Iason, ff. de condit. indebiti, l. diximus, ff. de administrat. tutor. l. si ad libertatem, ff. de noxalib. Bald. cons. 187. n. 2. vol. 1. Crauet. de antiquit. tempor. 1. p. §. viso de verbis, n. 58. Rota decis. 28. de rescript. in nouis. Bellamer. decis. 749. Decian. respons. 2. n. 108. vol. 2. & est text. in l. 3. C. quando Fiscus, vel priuatus, in illis verbis: *Si quæstio aliqua refertur*, Costa de remed. subsidiar. cap. 77. n. 5.

12 Lo tercero, porque estas quentas, quanto quier que se hiziessen por el Contador del Tribunal, ni estan consentidas por Iuan Baptista de Aquena, ni hasta aora aprobadas por ningun juez, y asi no pudieron por ningun caso executarse, Bart. in l. instar, n. 16. C. de iure fisci, Bald. cons. 134. vol. 3. Scobar de ratiocinijs, cũ plurib. alijs c. 31. àn. 1 cũ alijs, singulariter Petr. Surd. decis. 216. n. 47. ibi: *Demũ solus ille calculus, etiam si illius certam & veram sciẽtiã Dominus Octauius habuisset, non faciebat eius patrem debitorẽ, nisi prius esset à iudice confirmatus, vt est text. in l. 2. vbi gloss. Bart. & alij, C. de iure fisci, at non probatur, quod Dominus Octauius scientiam habuerit confirmationis; ergo nec debiti. Nam non sequitur, calculus facit eum debitorem; ergo erat debitor, sed erat necessaria confirmatio, vt verè diceretur debitor.*

13 Mayormente auiendo representado tantos agrauios, y apelado de dichas quentas Iuan Baptista de Aquena, que me-

mediante ella estaua suspendido el efeto executiuo, y sin estar determinado no auia liquidacion exequible, vt tenet glossa in authentico de sanctissimis Episcopis, verbo, Economo, cap. 31. n. 6. Scobar de ratiocinijs, dicto cap. 31. numer. 6. & melius Hippolyt. Riminald. singulari in cons. 810. à n. 74. ibi: *Tertio, cum dicti minores institerint, committi præceptum executiuum, pro creditis eorum liquidis, prius constare debuit de tali eorum liquidatione iam facta, quæ verè facta non fuit, sed ad calculationem computuum, & rationum deueniendum est, quibus liquidabitur an D. Marinus remanserit debitor, vel non, dictorum minorum, ante vero non potest dici fuiße debitor, sicut videmus quod pendente conditione debetur, ante illius euentum, non dicitur deberi, l. grege, §. si sub conditione, ff. de pign. vnde dicit Bald. in l. si ita scripsisset, ff. de legat. 2. quod in legato creditorum meorum non veniunt ea, quæ mihi debentur sub conditione, vel in diem, sequitur* Roman. *cons. 164. Alexand. cons. 105. col. 2. vol. 5. quando aliqua dependent à futuro euentu, qui potest esse, & non esse, non debent considerari, ita pulchrè Rota, decis. 28. de rescr. in nouelli, Bellamer. decis. 749. cum simil. quos allegat Decian. respons. 2. n. 108. volum. 2. & magis propriè in terminis liquidationis, tunc demum mora contrahitur, quando debitum est liquidum, secus si est liquidandum, quia debet præcedere iudicis liquidatio. Bald. in l. acceptā oppo. 6. C. de vsur. Anchar. cons. 235. vbi pulchrè dicit; quod vbi est incertitudo debiti, ex rationibus in eundis, nō committitur mora, nisi prius inspectis rationibus; & cum prædictis concordat Alexand. cons. 48. col. 1. vol. 2. decis. Neapolit. 205. Crauet. cons. 89. n. 5. & ego dixi cons. 552. n. 47. quod autem assertum creditum, d. minorum non sit liquidum, patet, quia supponitur D. Marinum tradidisse illis vltra summam scutorum centum millium, vnde nisi calculatis rationibus debiti, & crediti, cognosci non potest, quis eorū sit debitor, & creditor, & sic res est illiquida. Quare sequitur ex prædictis; quod præceptum executiuum committi non*

J

possit, si enim executio facta ante liquidationem non valeret, & quasi vitiosa, aut inutilis infirmaretur, Castr. cons. 71. super 1. dub. in 2. dub. vol. 2. longe facilius impediri debet, ne fiat, l. patre furioso, ff. de his qui sunt sui, vel alicui iuris, l. 1. §. quamuis, ff. de posthu. cum simil. quibus sic arguit, Crauet. cons. 802. n. 14. & in terminis perfecta sit, & ad impleta liquidatio, tradunt gloss. & DD. in l. 1. & ibi Bart. n. 7. ff. de eden. & in l. 1. n. 3. vers. Et si dicas, ff. iud. solu. Alex. cons. 187. num. 2. vol. 2. Aretin. cons. 110. n. 5. vers. Pari etiam ratione, Socin. in rubric. ff. solut. matrim. num. 42. & Crauet. cons. 819. num. 9. Y esto es sin disputa, auiendose otorgado la apelacion, Lancellot. de attent. p. 2. cap. 12. limitat. 6. n. 20. & 80. Petr. de Anguisola cons. 47. num. 3. lib. 3. Menoch. de adipiscend. remed. 4. num. 868. Barb. cons. 18. num. 11. vers. Sed adduco vlterius, lib. 1.

14 Lo quarto, porque esta execucion y sentencia se dio cõ testimonio del cargo, diuidiendole de la data, y acomulando partidas que no auian entrado en la primera quenta, segun el supuesto del Inquisidor: y tambien por esta parte no pudo ser exequible; vt cum multis tenet Scobar de ratiocinijs, cap. 21. à num. 12. & 19. ibi: *Rursus in tantum vera fuit visa hæc sententia, Alexand. cons. 192. num. 1. & 2. vol. 7. vt dicat, quod etiam si in instrumento administrator se obligauerit, quod finito officio reddet rationem, & reliqua soluet, quod vulgo dicitur, dar quenta con pago, adhuc prædicta verba non sortiuntur talem effectum, vt principaliter, & de per se teneatur aliquid restituere donec, & accepta, & data simul fuerint computata, idque tenet Alex. dicto cons. 90. num. 1. & 2. eo quia rationes sunt indiuiduæ, vt voluit Bald. in l. si plures, num. 17. C. de cond. insertis, Menoc. lib. 2. de arbitrar. casu 209. n. 31. Bobadilla in sua politic. lib. 5. cap. 4. n. 72. & 78. Gutier. de tutellis, lib. 3. cap. 1. numer. 53. & ratio ea est, quia cum hic actus reddendi rationẽ simultatem, & concursum accepti, & expensi (sui natura) contineat, vt voluit Bald. in rubrica, C. de fide instrum. num.*

31. cuius sententia hodie iure Regio videtur approbata, ex text. in l. 3. tit. 5. lib. 9. recopil. ibi: Por cargo y descargo, antequam expensi ratio habeatur, in suspenso erit, quanta sint reliqua, vt voluit Aymon cons. 131. n. 5. vers. Tertio quando. Et hanc rationem reddit Consultus in l. mutuis, ff. pro socio.

15 Lo quinto, porque quando lo dicho cessara, que no cessa, adhuc no se podia executar esta quenta, tal qual es contra dicho don Francisco de Aquena, y sus bienes.

16 Tùm, porque don Francisco de Aquena es vno de los hijos, y herederos de Frãcisco de Aquena, vno de los fiadores de Iuan Baptista de Aquena, y para esta quenta, y formar este alcançe ninguno fue citado, siendo preciso para que pudiesse obrar esta execucion, l. à sententia in princip. vbi Bart. ff. de appellat. l. gregè, §. si à debitore, ff. de pignorib. Mastrill. decis. 20. per totam, Petrus Surdus decis. 218. ferè per totam præcip. num. 11. & decis. 256. per totam, Scobar in terminis de ratiocinijs, cap. 34. num. 3.

17 Y aunque en el numero 4. Scobar lo limita en caso q̃ el fiador se huuiesse obligado a pagar el alcançe que resultare contra el principal por via executiua, y sumaria, teniendo clausula guarentigia, que en este caso podrà ser executado el fiador, aunque no sea citado para hazer la quẽta.

18 Esta limitacion no procede en nuestro caso, porque el instrumento de la fiança que hizo Iuan Baptista de Aquena, no tiene clausula guarentigia: y aunque ay diferencia de la clausula guarentigia introducida por nuestras leyes Reales, a la que se requiere por los estrangeros, q̃ aquella se forma, nempè, *para lo qual, y todo lo dicho es, y qualquiera cosa, y parte dello cumplir, pagar, y mantener, doy poder a todos y qualesquier justicias destos Reynos, y señorios de su Magestad, ante quien esta carta fuere mostratada, y pedido cumplimiento della, que por todo remedio y rigor de derecho me compelan, y apremien a todo lo que dicho es cumplir, y pagar con mi persona, y bienes bien ansi, y tan cumplidamente como si to-*

do

do lo sobredicho por sentencia difinitiua contra mi dada, y no apelada, y passada en cosa juzgada fuesse juzgado, y sentenciado. Y la de los estrangeros *se forma de la obligacion personal para dia señalado, y aceptacion del juez Cartulario, y mandato suyo expresso para que pague el deudor a dicho plaço, señalado la cantidad, o cosa estipulada,* testè Rodriguez de executione cum multis, cap. 1. artic. 4. à num. 13. si bien contiene tambien esta clausula la sentencia passada en autoridad de cosa juzgada, vt cum multis tenet Zachias super Gallesium de obligat. Camerali, quæst. 2. à num. 8. cum alijs. Dicha escritura de fiança, que està en dichos autos folio 11. no tiene vna ni otra clausula. Con que fue preciso auer de citar a los fiadores para formar dicha quenta, y sin esto no se pudo hazer dicha execucion, ni fue exequible para con ellos, aunque aliàs lo fuera, que se niega contra el principal deudor.

19 Tùm, porque primero que se pudiesse proceder contra don Francisco de Aquena, como vno de los herederos del fiador, era preciso que se hiziera excusiõ en los bienes del principal, Guid. Pap. decis. 570. n. 6. & decis. 604. Thesaur. decis. 166. num. 2. vers. Verum singulis, dõde afirma, que esta es mas justa, y comun opinion, quia quamuis re vera licet se vt principalem, & insolidum obligauerit tamen cum pecunia non receperit non est nisi fideiussor.

20 Y aunque la question es controuertida, la limitacion obra firme derecho a fauor de don Francisco de Aquena, nempè, que aunque se aya obligado insolidum, no auiendo renunciado expressamente el autentico presente, C. de fideiussorib. siempre se queda por fiador, y es necessario hazer escusion, vt glos. in authentic. de fideiussor. in princ. Abb. in cap. peruenit de fideiussorib. Anto. Heringius eod. tract. cap. 27. n. 70. Ruin. cons. 140. n. 8. vol. 1. Decian. cons. 25. num. 10. lib. 1. Bald. cons. 198. num. 7. lib. 1. y esta autentica no esta renunciada en dicha fiança.

21 Tùm, porque auiendo pedido que se hiziessen diligen-

cias contra Iuan Baptista de Aquena, principal deudor, y asignado, que eran bienes suyos estantes vna viña que valia quinientos escudos, cuyo precio estaua embargado; como parece de dichos autos fol. 12. B. parece que era preciso, saltim por equidad cobrar destos bienes, y no molestar a don Francisco de Aquena, mayormente siendo ministro del santo Oficio tan antiguo, y que tantos, y tan buenos seruicios ha hecho, pues en caso que sin preceder excusion de los bienes del principal deudor estuuiera obligado don Francisco, admite el derecho esta justa conueniencia, Mantica de tacit. & ambig. conuention. tom. 2. lib. 16. tit. 17. num. 43. ibi: *In ijs autem casibus, in quibus hæc exceptio locũ non habet, fideiussor potest dicere, quod principalis debitor suo sumptu, & periculo excutiatur, Bart. per illum text. in l. cum in plures, §. vestimenta, n. 1. ff. loc. & cond. & in l. vnde quæritur, quam legit. cum l. si vt certo, §. si duobus vehiculum nu. 12. & ibi Paul. Castrens. num. 17. ff. commo. Rimin. Iun. cons. 402. num.* 13. Mayormente que no se auẽturaua nada, la equidad, y seruicios hechos al santo Oficio solicitauan esta conueniencia, Mantica de tacit. & ambig. conuention. lib. 16. tit. 16. n. 4. vers. Sed, & si æquius, ibi: *Tamẽ æquum est etiam fideiussorem tueri, qui alienam suscepit obligationẽ: quia non agitur de præiudicio creditoris, & æquitas magis suggerit, vt debitor principalis, qui commodũ percepit, prius conueniatur, si sit soluendo; quam fideiussor, l. sancimus, C. de fideiussor. Alciat. cons. 5. n. 9. lib. 8. quod a Iustiniano etiam suggerente æquitate cõstitutum est in d. §. si quis igitur, in authent. de fideiuss. & in d. auth. præsente, C. eod. Vnde etiam Osasc. in d. decis. 2. in fin. subiungit, quod senatus, & iudices vltimarum appellationum passim sunt soliti admittere hanc exceptionem.*

32 Lo sexto, porque es constante y parece de los autos, y aduertimos en los presupuestos, num. 4. que don Francisco de Aquena es vno de los herederos que quedaron por fin y muerte de Francisco de Aquena, fiador de Iuan Baptista

tista de Aquena, y assi no pudo ser conuenido, ni executado mas que pro rata, l. pro hæreditarijs, C. de hæreditarijs actionibus, l. 1. C. commun. de legatis, l. 2. C. si vnus ex pluribus Doctores in l. 1. C. si cert. petat. Surd. cons. 104. numer. 12. cons. 191. cons. 209. & decis. 90. num. 2. 7. 9. Gratian. decis. 146. & discept. 16. Costa de portione, & rata, quæst. 189. Milanens. decis. 13. num. 13. lib. 2. Franch. decis. 203. & 581. Mandell. cons. 236. Gras. §. hæreditas, quæst. 12. num. 13. Negusantius de pignorib. p. 2. membr. 4. num. 160. Rodriguez de ann. reddit. lib. 2. quæst. 9. num. 61. & 62. Menoch. cons. 1052. lib. 11.

23 Ni obstara dezir, que don Francisco possee vnas casas de Francisco de Aquena su padre, que es la parte mas principal de su hazienda.

24 Lo vno, porque estas casas no estan especialmente hipotecadas para que se passasse la carga Real, l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus hæredibus debitoris pignus soluerit, & acceperit cum alijs.

25 Lo otro, porque estas casas, quando las tuuiera y posseyera como heredero, corria la mesma razon, de que no podia ser conuenido mas que pro rata, vt supra diximus num. 22. demas de que las possee iure legati, y no puede ser conuenido, ni executado, sin que primero se aya hecho excusion contra los herederos, porque no ay accion contra el legatario, vt in terminis tenet Hieronym. Gabriel cons. 41. vol. 1. à num. 3. ibi: *Secundo etiam si hæreditas esset adita nihilominus deberet absolui Baptista: quia cum id legatum sit certæ summæ, pro eo competunt duæ tantùm actiones personalis, & hypothecaria personali, si Hortentia agit contra Baptistam, vt debitorem testatoris, perperam agit; quia actio personalis præsupponit eum, qui conuenitur actori obligatum. Idcircò competit solum contra hæredem ipsum, qui videtur adeundo quasi contrahere, vt declarat Ias. in d. l. 1. de legat. 1. n. 109. facit l. hæredem, C. de hæred. act. hypothecaria item male, etiam si Baptistæ debitum esset e-*

liquidum; quia debet antea fieri excusio in alijs bonis hæreditarijs contra hæredem, Bald. in d. l. 1. C. cōm. de legat. numer. 14. & hæc opinio in hac specie non habet dubitationem: quia sumus in tacita legali hypothecaria, in qua omnino requiritur excusio, antequam debitor testatoris conueniatur, vt declarat Salicet. in l. nomen, C. quæ res pign. ob. pos. columm. 2.

26 Lo septimo, porque quando el alcançe fuera liquido, y la litispendencia no embaraçara, era preciso que se le admitieran a don Francisco de Aquena las partidas que Iuan Baptista de Aquena su tio auia pagado. que estas tienen priuilegio, aunque huuiera sentencia passada en cosa juzgada, y aun despues de la mesma sentencia de remate, siendo en orden amodificarla, y a minorar el alcançe, l. Nessenius, §. fin. ff. de re iudic. l. si fideiussores, §. idem respondit, ff. de fideiussorib. l. ex diuerso. §. fin. ff. solut. matrim. l. cum fideicōmisso, ff. de confess. Dōde se admite la excepcion de estar pagado el debito, ò que este se minore, remitiendo al computo para su verificacion, y suspendiendo la execucion hasta que el superior lo declare, ibi: *Has enim partes eius esse. vt si in computatione nihil inueniatur posit absoluere, sed ex superiore casu ad Prætorem remittere debeant, vt absoluatur.* Esto deuia hazer el Inquisidor de Cerdeña, maximè estando pendiente en el Consejo esta causa, porque esta excepcion es priuilegiada, y siempre se ha de admitir, vt cum multis tenet Salgad. de Regia protect. 4. p. cap. 7. à num. 46. Guzman de euictionib. quæst. 20. num. 31.

27 Y las partidas que se le cargan, con pretexto de que la cobrança corriò por quenta de Iuan Baptista de Aquena, no estan justificadas considerando, que hizo las diligencias para su exacion y cobrança, y asi presentando los recados è instrumentos auia cumplido, l. si tutor constitutus, ff. de administrat. tutor. Scobar de ratiocinijs, capit. 19. a numer. 22.

28 Lo octauo, porque dicha sentencia contiene en si injusti-

justicia notoria; suponiendo en su preambulo, y dando por causa final para proceder en este negocio, que ay cosa juzgada, como parece del auto fol. 18. ibi: *Que todas dichas partidas liquidas hazen la suma y cantidad de onze mil setecientos y quarenta reales, y de derecho y estylo del santo Oficio qualquier alcançe liquido y error de quentas passadas en autoridad de cosa juzgada, traen aparejada execucion, deuia de mandar y mandaua, que se haga execucion por la dicha cantidad de onze mil setecientos y quarenta reales.* Y en todo el pleito no consta, que sobre el alcançe liquido y error de quentas, no solo parezca executoria, pero ni aun sentencia en que esten aprouadas: y auiendo de sentēciar conforme a los autos, como es preciso, no constando dellos, disuena, y repugnan ellos con el auto, y el auto con ellos, & per consequens que es totalmente injusto, y asi se le ha de boluer a don Francisco todo lo que se le ha quitado, vt in terminis tenet Rota Roman. apud Farinac. part. 1. in posthum. decis. 173. num. 1. ibi: *Re proposito dubio, resoluto sub die* 3. *Decembris per omnes DD. qui causam ex ordine S.P.N. viderant, censuerunt persistendum esse in decisis. Non dubitantes ex sola iniustitia posse competere hæredibus actionem spolij, vbi illa sit notoria. Felin. in cap. delectus, n.* 1. *vers. Fallit* 2. *de rescript. Crauet. cons.* 302. *numer.* 2. *vers. Hoc tamen non procederet, Gabr. cons.* 1. *numer.* 112. *de restit. spol. quamquam etiam diceretur ex sola tali iniustitia oriri etiam nullitatis initium, Dec. cons.* 8. *numer.* 5. *Cæssar de Gras. decis.* 11. *num.* 4. *de re iudicat. quo casu sine difficultate intrat actio spolij.* Et num. 3. ibi: *Quod talis sententia, quæ non iustificatur ex actis, venit annullanda etiam absque remedio appellationis, nisi in promptu afferantur probationes, quod non est factum in casu isto, & quod talis iniustitia æquiparetur nullitati, ita vt sententia nunquam transeat in iudicatum, dicit etiam in decis. Cæssar de Gras.* 2. *n.* 7. & 8. *de solut. vbi n.* 9. & 10. *dicitur communē*

esse

esse opinionem, & hanc sequi Rotam, vt iudex debeat iudicare secundum acta, & probata, & iam resoluisse, Rotam sexcenties, vt dicatur notoriè iusta, vbi non iustificetur ex actis. Y assi de primo ad vltimum parece que dicha sentencia de remate se ha y deue declarar por atentada, o reuocarla, en la forma referida, como lo espera don Francisco. Salua in omnibus, &c.